

הזרעה מלאכותית בפסיקה ובחקיקה במדינת ישראל

א. מבוא

ההזרעה המלאכותית כשלעצמה אינה מהווה עבירה פלילית במדינת ישראל, גם אם נעשה שימוש בזרע של תורם זר לאשה הנשואה. אפשר להתווכח על מוסריותה ועל הצדקת השימוש בה כפתרון לבעיית העקרות, אך כל עוד לא קיים איסור חוקי של הפעולה — על מערכת המשפט (הן המערכת הרבנית הדתית והן המערכת החילונית) — להציע פתרון משפטי והלכתי לבעיות המתעוררות בעטיו של מעשה זה¹. שתיים מן השאלות המרכזיות נידונו בפני ערכאות משפטיות בארץ² (א) האם יש במעשה זה אם נעשה שלא בהסכמת הבעל משום עילת גירושין? (ב) האם זכאי ילד שנולד בדרך של הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר למזונות מבעל אמו? עד כתיבת מאמר זה נודע — על שלושה פסקי דין אשר ניתנו בבתי דין רבניים בארץ, ופסק דין אחד של בבית משפט אזרחי³. ספק אם יש במספר מועט זה של

1. על מכלול הבעיות המשפטיות-הלכתיות הכרוכות בכצוע הזרעה מלאכותית נכתב בהרחבה על ידי כותב שורות אלה בעבודת גמר ללימודי תואר שני במשפט עברי באוניברסיטת תל-אביב. נושא העבודה אשר נכתבה בהדרכת כב' השופט א. שיינבוים: "ההפריה המלאכותית לצורותיה השונות בדין העברי". במחקר הנ"ל מרוכזת רשימה בבליוגרפית ענפה בנושא וכן סקירה מקיפה של ספרות השו"ת שאותרה ע"י חיפושים כפרויקט השו"ת שליד המכון לאיחזור מידע ובלשנות הישוכית באוניברסיטת בר-אילן. מאוחר יותר נתפרסמו עוד שני מאמרים בנושא: מ. דרורי "ההנדסה הגנטית": עיון ראשוני בהיבטים המשפטיים וההלכתיים, "תחומין א", חורף תשמ"ג; ד"ר פ. שיפמן, "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית", משפטים, י" טבת תשמ"ג. נוראה עוד א. שטיינברג, הזרעה מלאכותית לאור ההלכה, ספר אסיא א' 128 — 141; וראה עוד שם עמ' 161 — 166; ספר אסיא ב', 37 — 38; 135 — 137; ספר אסיא ד' 26 — 29, 300, 294 — 301. [העורך]

2. סקירה מקיפה של פסקי דין ותהליכי חקיקה בארצות ה-Common Law ראה עדנה קפלן, "הפריה מלאכותית", עיוני משפט ב', 110. על המצב בארה"ב במיוחד ראה: Shepard's, Handling Pregnancy & Birth Cases, Family Law Series (Mcgraw-Hill, 1982), 186-224.

3. פסקי הדין הרבניים — למעט פסק דין אחד שנדון בבית דינו של הר"א וולדינברג ופורסם בספרו שו"ת "ציץ אליעזר" (להלן הערה 4) — לא פורסמו. פסק הדין האזרחי פורסם: ע.א. 449/79 סלמה נ. סלמה וא"ח, פד"י ל"ד (2), 779. (זהו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע: מ"א (ב"ש) פלונית וא"ח נ. פלוני, פס"מ תשמ"ג (2), 388).

לאחר חתימת המאמר לדפוס הגיע לידי פסק דין נוסף אשר ניתן בבית הדין הרבני בתל-אביב ביום כ"ה מרחשון תשמ"ה. בראש ההרכב שדן בנושא ההפריה במבחנה ישב כב' הרב ח. צימבליסט. נשוא הדיון היה תביעת אשה לקבל גט מבעלה בטענה שאינו מסוגל להוליד. הבעל הכחיש טענות האשה והוסיף כי העכוב הוא אצלה. הרופאים המליצו על הריון מבחנה, אך האשה סירבה בטענה שרצונה להרות בדרך הטבע. בית הדין קיבל טענתה וחייב את הבעל בגט. בית הדין לא הרחיב בסוגית הפריה המבחנה בשל סיכויי ההצלחה הנמוכים בהשגת הריון מבחנה (כ-10% במקרה הנדון) ועל כן זכותה של האשה להרות בדרך הטבע גוברת על התנגדות הבעל.

פסקי דין כדי להצביע על מגמה כלשהי בפסיקה; אף על פי כן נראה לעניות דעתי כי יש בהם כדי לתת אינדיקציה מסוימת על מידת יישומן של ההלכה היהודית ועקרונות המשפט החילוני במציאות המשתנה.

ב. פסקי הדין הרבניים.

פסק הדין הראשון ניתן בבית הדין הרבני בירושלים⁴. המתדיינים בבית הדין האזורי היו זוג שלא זכו להיבנות. בלא ידיעת בעלה טופלה האשה בידי רופא בדרך של הזרעה מלאכותית מבנק הזרע. הטיפול הניב תוצאות חיוביות והאשה הרתה מזרעו של תורם זר. כשנודע הדבר לבעלה הגיש תביעה לגירושין. האשה אימתה את העובדות, אך טענה להגנתה כי בדיקה רפואית הוכיחה שבעלה עקר ולא יוכל להוליד. היא ביקשה מבעלה לאמץ ילד אך נענתה בשלילה. ברצותה פרי בטן בכל מאודה פנתה לדרך שבה הרתה. השאלה המשפטית אשר עלתה לדיון בפני ביה"ד היתה, אם יש בהסכמת האשה לבצע בגופה הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר בלא ידיעת בעלה משום עילה לגירושין, אף כי טרם הוכרעה ההלכה בשאלה אם נאסרה אשה לבעלה אם הרתה באופן זה⁵.

עוד עמדה לדיון השאלה אם יש נפקות משפטית לעובדה שהבעל סירב לאמץ ילד כפתרון לבעיית העקרות. בית הדין קיבל את תביעת הבעל — חייב את האשה לקבל גט ולא זו בלבד אלא פסק שהאשה הפסידה כתובתה. וזו לשון פסק הדין⁶:

יצויין כי בית הדין נמנע במודע — ובנסיבות העובדתיות שהיו לפניו, בצדק רב — מלדון במכלול הרחב של הפריית מבחנה לאור ההלכה; אף על פי כן אי אפשר להמנע מהשאלה מה תהיה עמדתו לכשישיג המדע הריונות מבחנה מוצלחים בהסתברות העולה על 51%? האם היה בית הדין משנה את פסיקתו לו הובאה בפניו אותה מסכת עובדות בתקופה שהריונות מבחנה היו הופכים לדבר שבשיגרה ובהצלחה גבוהה?

4. פסק הדין ניתן ביום 6.11.75 ודווח בעתון מעריב מיום 10.3.76. פסק הדין פורסם גם ע"י אב ביה"ד הרב אליעזר וולדינברג (עמו ישבו בדין הרבנים י. כהן וי. עטיה) בספרו שו"ת "ציץ אליעזר" ח"ג סי' צו' (להלן פסק הדין הראשון).

5. בין חכמי ההלכה המחזיקים בדעה שאשה שהרתה בדרך של הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר אינה נאסרת על בעלה (שכן לא היתה ביאת איסור והתורה אסרה אשה לבעלה ולבועלה רק אם נעשה הדבר בגילוי עריות) מצינו את הראשלי"צ הרב עוזיאל (שו"ת "משפטי עוזיאל" אבהע"ז סי' י"ט); הרמ"פיינשטיין (שו"ת "אגרות משה" אבהע"ז סי' י'; סי' י"א; סי' ע"א); הרי"ב רייש (שו"ת "חלקת יעקב" ח"א סי' כ"ד); הרא"י וולדינברג (שו"ת "ציץ אליעזר" ח"ג סי' כ"ד); הרי"ווינברג (שו"ת שרידי אש" סי' ו') ועוד גדולי אחרונים. בין הסוברים שהאשה נאסרת על בעלה (משום שהתורה ציוותה — "לא חתן שכבתך לזרע" ולא זו משתרע על כל דרך של הזדוות זרעלרחם האשה) נמנים: ר"יהונתן אייבשיץ ("בני אהובה" אישות פטו'); הרי"צירלסון (שו"ת "מערכי לב" סי' ע"ג) והאדמו"ר מסאטמר הרי"טייטלבוים ("תשובה בדבר הזרעה מלאכותית בזרע איש אחר", המאור שנה ט"ז קונטרס ט — י"א — אלול תשכ"ד), ועוד.

[וראה עוד במראי המקומות בסוף מאמרו של שטינברג שם (הערה 1). — העורך]

וכן: M. Drori, "Artificial Insemination, Is It Adultery" in Jewish Law and Current Legal Problems, Edited by N. Rakover, Jerusalem 1984, 203-216.

6. לעיל הערה מס' 4.

"האשה בהסכמתה שיזריקו לה זרע מאיש אחר מעלה מעל בה' ובבעלה גם יחד, ולכן חייבת היא לקבל גט פיטורין מבעלה, ואין לה להתנות תנאים כספיים עובר למתן הגט או לדרוש שבעלה יעביר את הדירה שהיא על שם שניהם, על שמה בלבד".

בהנמקה לפסק הדין מתבסס אב"ד כב' הרא"י וולדינברג על הבירור המקיף שערך בסוגית ההזרעה המלאכותית והשלכותיה ההלכתיות⁷. בקונטרס הנ"ל העלה הרא"י וולדינברג את כל ההיבטים ההלכתיים הרבים הכרוכים בהזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר לאשת איש והגיע למסקנה כי אין לך תועבה גדולה מזו. אמנם, יש הסוברים כי אין האשה נאסרת לבעלה בהזרעה לדרך זו אם הדבר נעשה בהסכמת בעלה⁸, אך לית מאן דפליג כי האשה חייבת בגט אם הטפול וההריון היו שלא בידיעת בעלה⁹. פועל יוצא מקביעה זו, כי לא תעמוד לנתבעת טענת ההגנה שהעלתה לפיה בקשתה לאימוץ ילד לא נענתה ע"י בעלה על אף עקרותו המוכחת. שכן, "אם רצתה בחוטרא לידה"¹⁰, הרי פתוח היה לפניה הדרך לבוא לפני ביה"ד

7. שו"ת "ציץ אליעזר" ח"ט סי' נ"א, שער ד' (על ששת פרקיו).

8. אמנם בשו"ת "ציץ אליעזר" ח"ט סי' נ"א, מנסה הרא"י וולדינברג לחלק בין עיבור באמבטיה ושכיבה על סדין — שהם המקורות ההלכתיים המהויים בנין אב להסקת ההלכה בנדון דידן (ראה חגיגה י"ד, ב' והגהת הסמ"ק — הובאו הדברים בב"ח, טור, י"ד קצ"ה) — לבין הזרעה מלאכותית. השוני מתבטא בכך שבעוד שבמקרים הנ"ל ההריון נוצר למעשה בלא השתתפות פעילה של האשה, הרי ההריון בדרך של הזרעה מלאכותית נגרם בכוונה תחילה ובעזרה אקטיבית של האשה. אשר על כן, במקרה כזה אפשר להרחיב את תחולת האיסור שצוותה התורה "לא תתן שכבתך לזרע" (ויקרא יח', כ) גם על מעשה זה ולומר כי אין חשיבות לעובדה שלא היתה ביאת איסור. אולם, כאמור רוב הפוסקים בדעה שאיסור אשה לבעלה יחול רק במקרה של קירבת בשר וגילוי ערוות.

9. לענין הסכמת הבעל שלדחם אשתו יזרק זרע של תורם זר ובדרך זו תהרה — דבר שהוא אחד היסודות החשובים בפסקי הדין שנוכיר — יש להעיר את הדברים הבאים אף כי לא מצאנו התייחסות לכך בפסקי הדין: (א) מה תוקפה המשפטי של הסכמה זו, אם בכלל, והאם היא רלוונטית? שהרי אם יש בהזרעה מלאכותית משום ניאוף, וודאי לדעת אלה הגורסים שהאשה נאסרת על בעלה, כי אז מה מועלת ההסכמה? האם יעלה על הדעת להתיר מעשה ניאוף גם אם הבעל מסכים? ראה בהקשר זה: ד"ר בן ציון שרשבסקי, דיני משפחה. (מהדורה שניה, ירושלים תשכ"ז) עמ' 312, שכתב שבניאוף אין מועלת הסכמה מראש או מחילה שכן "יש כאן עבירה על איסור שהשליטה עליו אינה ניתנת בידי הצדדים: הדין שמטרתו לשמור על טהרת המשפחה בישראל תובע כביכול את זכויותיו". (ב) בידוע כי אי יכולת הבעל להוליד הינה אחת מעילות הגירושין. האם הסכמת הבעל להפריה מלאכותית מתורם זר תמנע מאשה לתבוע גם בהסתמכה על עילה זו? (ראה ד"ר שרשבסקי, 288 ואילך).

10. מן הראוי לציין כי הטענה שהבעל אינו יכול להוליד, ולכן יש לאשה עילה לגירושין אינה מספקת, אלמלא מוסיפה האשה טענה שהיא חפצה בילדים ולכן היא דורשת את הגט. עילה זו כעילת גירושין מקורה בלשון התלמוד שהיא "זקוקה לחוטרא לידה" (יבמות ס"ה, ב'). היינו רצונה בילד שיהיה לה לעזר ולמשען בעת זקנתה. ראה בהרחבה בספרו של ד"ר שרשבסקי (לעיל הערה מס' 22) 289. שאלה מעניינת בהקשר להערה קודמת היא האם ילד שנולד בהזרעה מלאכותית מתורם זר נחשב כחוטרא לידה, או זכותה לדרוש ילד משל בעלה.

ולטעון בכזאת, ולדרוש לחייב את בעלה לפוטרה בגט פיטורין, והיתה מוצאת אוזן קשבת"11.

כלומר, בית הדין רואה בחיוב את רצונה של הנתבעת לפרי בטן עד כדי נכונות לחייב את בעלה לגרשה בגין זאת אילו בקשה סעד מבית הדין. אך מכאן ועד בצוע מעשה " החותר תחת אשיות קיום התא המשפחתי שבינה לבין בעלה"12 ואשר חכמי ההלכה כולם מאוחדים בשלילתו – המרחק גדול. אין איפוא לדעת בית הדין ברצון האשה לברכת ילדים כדי להפחית מחומרת המעשה אשר עשתה. שבעתיים חמור מעשה האשה על שהעלימה אותו מבעלה. על כך מוסיף אב בית הדין בנימוקיו לפסק הדין מדברים שכתב במחקרו הגדול בסוגית ההזרעה המלאכותית:13

"עכ"פ אם הבעל דורש להוציאה בגט פיטורין בגלל כן, שביצעה פעולת הזרעה מלאכותית שלא בדיעתו, אע"פ שלא נתעברה מזה, יש לחייב את האשה בכך לקבל גט פיטורין. הן בגלל הדיעות המחולקות שיש בזה כנ"ל"14. ועוד זאת דעצם פעולת תועבה כזאת כגופה שלא בדיעת בעלה מעמיד אותה בצל של אשה העוברת על דת משה"15 ויהודית"16 ויש על כך לדונה כדינה...17 ויש גם סברא שנאסרה עי"כ על בעלה"18, והבעל יכול לטעון קים לי"19, ואין להוציא מידו (הכתובה)"20.

11. שו"ת "ציץ אליעזר" ח"ג סי' צ"ז.

12. שם.

13. שם, עמ' קצ"ג, וראה המקור בשו"ת "ציץ אליעזר" ח"ט סי' נ"א.

14. ראה לעיל הערה 5

15. בגדר אשה העוברת על דת משה היא אשה המכשילה את בעלה על ידי זה שביודעין מביאה אותו לעבור על דיני הדת, כגון שמאכילה אותו מאכלות אסורים באומרה לו שהם כשרים, או שנבעלת לו בימי נידתה בהעלימה ממנו עובדת נידותה. על משמעותו הכוללת של מושג זה והדעות השונות ראה: ד"ר שרשבסקי, (לעיל הערה 9) עמ' 305 – 306 ובמיוחד הערה מס' (28).

16. כעוברת על דת יהודית נחשבת אשה אשר בעלה מוכיח שהיא רגילה לעבור על מנהגי הצניעות או להתנהג בדרך של פריצות ואשר לפי כל נסיבות המקרה אין לדרוש מהבעל שימשיך לחיות עמה. עילה זו אינה קיימת מחמת עצם העבירה, אלא רק אם יש במעשי האשה משום הפרעה מכוונת בחיי משפחה משותפים ותקנים עם בעלה. ראה בהקשר זה: ד"ר שרשבסקי, עמ' 307.

17. ראה עוד בהקשר זה: שו"ת "חלקת יעקב" ח"א סי' כ"ד; שו"ת "מנחת יצחק" ח"ד סי' ה', אות י'; שו"ת "שבט הלוי" ח"ג סי' קע"ה.

18. ראה לעיל הערה 5

19. טענת "קים לי" פירושה שבעת מחלוקת פוסקים שלא הוכרעה יכול צד כלשהו במשפט לטעון טענת "קים לי", היינו קיים אצלי, לאמור, סומך אני על אותה הדעה של הפוסקים הסוברים שהדין לטובתי. מקור הדין מדיני ממונות. ראה: ד"ר שרשבסקי (לעיל הערה 9) 178.

20. עיין ב"בית מאיר", אבהע"ז סי' קנ"ד סעיף א'.

כלומר, במקרה כזה יכול הבעל לכופף את אשתו לקבל גט פיטורין ממנו, ובטענת "קים לי" לא יצטרך לשלם לה כתובתה²¹.

פסק דין נוסף ניתן בבית הדין הרבני האזורי בחיפה בימים ט"ז בטבת תשל"ב; ב' בשבט תשל"ב²². הצדדים המתדיינים הם בני זוג אשר האשה הרתה כעבור שש שנות נישואין. בתוך תקופה זו היה הבעל בטפול רפואי (עובדה אשר לא הוכחה במהלך הדיון) בשל אי כושרו להפרות אשה. במקביל יעץ הרופא המטפל באשה לבצע בה הזרעה מלאכותית. לאחר טיפול ממושך, הזרקות חוזרות ונישנות הרתה האשה וילדה שלישייה. הבעל הגיש תביעה לגירושין בטענה שהאשה אסורה עליו. האשה הגישה תביעה למזונות. הבעל הכחיש את אבהותו על הילדים וממילא ראה עצמו פטור מכל תובתיו כלפי האשה וכלפי הילדים. הדיון בשתי התביעות אוחד. השאלה המשפטית שעמדה לפני דייני בית הדין היתה אם יש בהתנהגות זו של האשה לאוסרה על בעלה? ויותר מכך, האם יכולה האשה להוכיח בבירור שהנתבע הוא אכן אבי הילדים?^{22א}.

בית הדין דחה את תביעת הבעל וחייב אותו במזונות. הדיינים לא נימקו החלטתם, אך מעיון בתיק, ולאחר נתוח מסכת העדויות והעובדות שהיו בפני בית הדין מתבררת התמונה הבאה:²³

(א) הבעל אינו מכחיש את טענת האשה שהטפול בדרך של הזרעה מלאכותית ניתן בהסכמתו, וקיימת האפשרות שאם הריונה של האשה הוא כתוצאה מטפול זה, הרי הדבר נעשה בהסכמתו.

21. טעם נוסף מעלה הרא"י וולדינברג והוא קשור לתקופת העיבור וההנקה. זכותו של הבעל לטעון שלא היתה רשות לאשתו לבצע הזרעה מלאכותית "דכאשר היא משועבדת לו כל הזמן ואין לה כל רשות להכניס עצמה למצב שיצטרך לפרוש ממנה משום הבחנה ומשום מעוברת ומינקת חבירו, וכן אין רצונו לגדל בביתו ילד שהביאה לאחר "נישואיה ואשר אין עליו כל התחייבות לגדלו ולזונו". (שם, אות ד'). האם משתמע מתשובה זו שהרא"י וולדינברג היא משנה פסק דינו אם הבעל היה מסכים מראש לדרך טיפול זו? מסתבר שהתשובה תהיה שלילית, אם כי לא כך משתמע מתשובה זו.

22. להלן — פסק הדין השני. בדין ישבו הרבנים י.ג. רוזנטל אב"ד, ב. רקובר ועזרא הדאיה.

22א. כיום ניתן לשלול אבהות (להוכיח שהבעל אינו האב הביולוגי) בסבירות קרובה ל-100% בעזרת השימוש במערכת תיאום הרקמות המרכזית (MHC), ולעיתים ניתן להצביע בסבירות גבוהה מאד על האב הביולוגי. על השיטה, עקרונותיה והשאלות ההלכתיות הקשורות להם מנתה ההלכתית, ראה מ. הלפרין ח. בראוטבר ד. נלקן, תורה ומדע י', סיון תשמ"ד, עמ' 6 — 27. ועייין גם בפסק הדין של הרב ש. דיכובסקי כאב בית הדין הרבני האזורי באשדוד, אסיא ל"ה, (ט,ג), שבט תשמ"ג, 16 — 31. — העורך.

23. בהזדמנות זו עלי להודות לספרא דדיינא הרב מ.מ. אשר לא חסך כל מאמץ בהשגת פסק הדין הנ"ל, ולא זו בלבד אלא עזר לי בנתוח מסכת העובדות בתיק זה.

(ב) האשה אינה יודעת בוודאות אם הזרע נלקח מבעלה או מתורם זר, שכן לא הוכח מעל לכל ספק שבעלה עקרה²⁴.

(ג) לא הוכחה הטענה שבני הזוג המשיכו לחיות חיי אישות רגילים לרבות בתקופת הטפול.

(ד) כעילה אלטרנטיבית לתביעת הגירושיין טען הבעל כי לאשתו היו קשרים אינטימיים עם שומר דרוזי בסכיבות מגוריהם. בפני בית הדין לא הובאו מספיק הוכחות לקשריה עם הדרוזי, ולכן לא הוכח שזינתה תחת בעלה. העולה ממסכת העובדות המתוארת – ובמיוחד מהעובדה שעקרות הבעל לא הוכחה למעלה מכל ספק בעוד בני הזוג ממשיכים בחיי אישות – כי אין נסתרת החזקה ש"רוב בעילות אחר הבעל"²⁵. הווה אומר, חזקה על הנתבע כי הוא אבי הילדים הנולדים מאשתו, שכן הכחשת האבהות אינה מלווה בהוכחות ברורות. אשר על כן, חייב בית הדין את האב במזונות ילדיו²⁶.

הבעל ערער על פסק הדין לבית הדין הרבני הגדול. הערעור נומק בכמה סיבות:²⁷

(א) באותו פרק זמן שבו יכולה היתה האשה להרות היו לה קשרים עם דרוזי אחד, ויש להניח כי ממנו נתעברה.

(ב) האשה הודתה שאינה יודעת אם לא החליפו זרע הבעל בזרעו של אחר היותר מסוגל ומוכשר להפריה²⁸.

24. ברור הדבר שאם היה מוכח למעלה מכל ספק שהבעל עקר, לא היתה כל משמעות לעובדה שהבעל תרם מזרעו לצורך ההזרעה המלאכותית. עובדה מוכחת היא כי זרעו של אדם עקר אינו יכול להפרות אשה. ממילא אין כל תוקף משפטי לטענה זו. שיקולים פטכולוגיים בלבד הכתיבו כנראה שימוש באמצעי זה שאין בו כדי לשנות את התוצאות המשפטיות של פעולת ההזרעה גופא. ראה בהקשר זה בשו"ת "ציץ אליעזר" ח"י ג סי' צ"ז, אות ח'; ד"ר א. שטיינברג, (לעיל הערה 1), 128.

25. החזקה "רוב בעילות אחר הבעל" משמעה כי ילד הנולד לאשה נשואה, חזקה עליו שהוא של בעל אמו. חזקה זו ניתנת לסתירה אם וכאשר יוכח על פי מסכת עובדות מסוימת כי לא ייתכן שהבעל הוא אבי הילד. על תוקפו המשפטי של כלל זה, יישומו, אפשרויות סתירתו ומקורותיו ראה: ד"ר שרשבסקי, (לעיל הערה 9), 352 – 353 ובמיוחד הערה מס' (2).

26. שם.

27. מתוך פסק הדין שניתן בבית הדין הרבני הגדול ביום כ"ח בתמוז תשל"ב.

28. בעדות שמסרה האשה בישיבת ביה"ד ביום ט"ו בסיון תשל"א אמרה בין השאר את הדברים הבאים: "בהסכמת בעלי אני מטפלת אצל ד"ר... ע"י הפריה מלאכותית. נכנסתי להריון. עשו לי הטפול כמה פעמים ולקחו זרע גם מבעלי. אני לא יודעת אם נכנסתי להריון מזרע בעלי או של מישהו אחר". מעבר לחשיבות המשפטית שיש לעדות זו במשפט נשוא דיונונו, יש לעניות דעתי בעדות הנ"ל משום הוכחה חד משמעית להעדר כל פיקוח וכל הסדר חוקי שיסדיר את מכלול הבעיות הכרוכות להזרעה מלאכותית. לצערנו אין זו עדות יחידה מסוגה. כך העיד מנהל בית יולדות לשעבר (ראה "מעריב" מיום 7.12.78; 21.12.78; "הארץ" מיום 19.12.78) ורופא בר סמכא (בעדות שמביאה ע. קפלן (לעיל הערה 2), 111). יחד עם זאת, חייבים אנו להעיר כי נעשה לאחרונה נסיון להסדיר כללים והנחיות לניהול בנק זרע ובצוע הזרעות מלאכותיות. הדבר נעשה

(ג) מכיון שבהפריה מלאכותית עסקינן, הרי אין להחיל הכלל כי "רוב בעילות אחר הבעל" וחובת ההוכחה היא על הבאה להוציא ממנו.
(ד) בנוסף לכל זה טרם הוכרעה ההלכה אם ולד הנולד מהזרעה מלאכותית מתייחס אחר בעל הזרע, ויש דעות שונות בפוסקים בנידון זה. נמצינו למדים כי גם אם יתברר שהילדים אכן נוצרו מזרע הבעל אין להוציא ממנו ממון מספק.

בפסק דין שניתן ביום כ"ח בתמוז תשל"ב, דחה ביה"ד הרבני הגדול את ערעורו של הבעל ואישר את פסק הדין אשר ניתן בערכאה הראשונה²⁹. בנימוקי ההחלטה קבעו דייני בית הדין הרבני הגדול:

"אין ספק כי לכמה מן הטענות יש להם בית אב בהלכה לפי כלל השוע' אשר לאורו אנו הולכים. אך במה דברים אמורים במקרה והוכח שהבעל אינו מסוגל להוליד ולהקים זרע של קיימא מאשתו; אבל כל עוד לא הוכח הדבר, יש לדון שאין להוציא את הבעל מן הכלל, דמן הסתם הילדים מתייחסים אחרי הבעל".

לא מצא איפוא בית הדין בחומר שלפניו כל הוכחה, למעט דברי בא כח הבעל, ששולחו אינו מסוגל להוליד, הואיל והצדדים המשיכו לחיות חיי אישות כל הזמן, לרבות בזמן הטיפול³⁰, אין בידי בית הדין לשנות כאמור את החלטת בית הדין האזורי.

האם ניתן מפסק דין זה ללמוד על עמדת בית הדין הרבני בשאלת ההזרעה המלאכותית? נראה שלא. בית הדין נמנע במודע מלקבוע הכרעה הלכתית-משפטית לבעיות המשפטיות הכרוכות בהזרעה המלאכותית מתורם זר. הדיינים בחרו למקד את הדיון בשאלת עקרות הבעל ולבסס את פסק הדין על העובדה כי לא הוכחה עקרות מוחלטת. בכך יכול היה בית הדין לפסוק על יסוד כללים, חזקות ושאר דיני הראיות הנוהגים ומחייבים בכל התדיינות מקובלת בתחום דיני האישות. אשר על כן נוטים אנו לדעה כי אין להסיק להלכה בנדון דידן³¹.

באמצעות חוזר ששלח מנכ"ל משרד הבריאות למנהלי בתי-החולים בארץ. ואולם תוקפם המשפטי ובסיסם החוקי של ההנחיות הנ"ל נתונים בספק רב. ממילא, אין אפשרות חוקית לאכוף בצועם. ראה דיון בשאלה זו להלן עמ' 58-59.

29. כהרכב ביה"ד ישבו הרבנים ב. זולטי זצ"ל, ויבל"א הרב י.ש. אלישיב והרב מרדכי אליהו (כתארו אז).

30. כך טענה האשה והבעל כאמור לא הכחיש זאת. לעיל הערה 28.

31. אפשר לשער מדוע העדיפו דייני בתי הדין בשתי הערכאות השיפוטיות לפסוק כפי שפסקו, אך אי אפשר להתעלם מההערות הבאות: (א) בית הדין הרבני הגדול איפשר למעשה למערער להוכיח בביה"ד האזורי את טענתו הנזכרת. בהנחה שאכן יצליח להוכיח עקרות מוחלטת — האם ניתן להסיק מפסק הדין כי תביעתו לגירושין ולפטור ממזונות תתקבל? אם נדייק בפסק הדין נראה כי התשובה אכן חיובית בחלקה. אם כך הדבר כי אז אין ספק שבית הדין ישלול את ההזרעה המלאכותית מתורם זר לאשת איש ויפסוק כדעת האוסרים אשה לבעלה. יחד עם זאת, קשה

האחרון מבין פסקי הדין הרבניים אשר נודע עליהם ניתן אף הוא בבית הדין הרבני האזורי בחיפה ביום ו' מנחם-אב תשל"ז³². הצדדים נשואי הדיון הינם בעל ואשה אשר בביתם ילד בן ארבע בפיגור שכלי המוגדר כבעל רמה שכלית נמוכה ביותר³³. הילד נולד לאחר שהאשה טופלה בדרך של הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר. הבעל הסכים לצורת טיפול זו בשל העובדה שלא הוכחה ע"י שני הצדדים — שאין באפשרותו להפרות אשה.

שני הצדדים עתרו לבית הדין. האשה בקשה מבית הדין לחייב את בעלה במזונותיה היא ובמזונות הילד. התביעה היתה בסכום גבוה מדין "עולה עמו"³⁴, בגין השתכרותו הגבוהה, ובגין הטיפול בילד המפגר הנזקק לאביזרים מיוחדים.

להסיק מפסק הדין אם יפטר הבעל מחובת תשלום המזונות, שכן נזכר כאן יסוד משפטי חשוב שלא נדון בהרחבה בפסק הדין והוא הסכמת הבעל לצורת טיפול זו כאשתו. הדעת נותנת כפי שאמנם נפסק מאוחר יותר כי להסכמה נפקות משפטית. (ב) לא ברור אם שקלו דיני בית הדין את האפשרות — אף שהיא בעלת הסתברות נמוכה — כי האשה הופרתה בדרך של הזרעה מלאכותית מזרע בעלה? התוצאה המעשית במקרה דנן תהיה זהה לזו שהגיעו אליה הדיינים, אך אם כך הדבר יש בכך משום נקיטת עמדה בשאלת יחוס הילד אחר בעל הזרע. (ג) בשיחה שהיתה לכותב שורות אלה עם אחד ממנהלי בתי היולדות החשובים בארץ הועלתה הטענה כי מבחינה רפואית גרידא אין ולא ניתן להוכיח עקרות מוחלטת בגבר. ולדעתו, וכבר היו דברים מעולם, לאחר שאשה הופרתה מזרע של תורם זר או לאחר שאימצה ילד, הרתה בדרך הטבע מבעלה. לקביעה זו, אם נכונה היא יש נפקות הלכתית חשובה: אם בני זוג שלא זכו בברכת ילדים ימשיכו לחיות חיי אישות בתקופת הטיפול, או אפילו יתן הבעל מזרעו לערוך הזרע של התורם, כי אז לא יתכן לסתור את החזקה — "רוב בעילות אחר הבעל". הווה אומר, כל תביעה משפטית בגין הפריה מלאכותית מתורם זר, אף שברור שההריון הוא תוצאה של ההפריה המלאכותית, תמיד ניתן יהיה לפסוק כי הילד יתייחס אחר בעל האשה על כל המשמעויות ההלכתיות — משפטיות הנובעות מיחסי אב — בן. כלומר, המקרה הפרטי שנדון במשפט נשוא דיוננו — המשתזר היטב בקביעתו של הרופא הבכיר שהזכרנו — אכן מוכיח זאת באופן חד משמעי. [אלא אם כן נקבל כראיה תקיפה מבחינה הלכתית את שלילת האבהות באמצעות מערכת תיאום הרקמות המרכזית (MHC). ראה הערה 22 א' לעיל — העורך]

32. להלן — פסק הדין השלישי.

33. הכוונה כנראה למונגולואיד. בהקשר זה מן הראוי להפנות למאמרו של האדמו"ר מבאבוב הרב ש. הלברשטאם, "קונטרס להצלת קדושת וייחוס ישראל", המאור שנה ט"ז קונטרס א', תשרי — חשון תשכ"ה. במאמרו מעלה האדמו"ר בין שאר טיעונו נגד ההזרעה המלאכותית מתורם זר חשש להרס חיי משפחה תקינים במקרה ויולד ילד פגום מהפעולה הנ"ל. נימוק זה היה בעיניו מכריע לא פחות מהנימוקים ההלכתיים האחרים שהעלו הפוסקים. מעניין, כי בשיחה עם אחד ממנהלי בתי החולים ליולדות מהנודעים בארץ, החפץ בעילום שמו, הביע גם הוא התנגדות להזרעה מלאכותית מתורם זר בשל אותו נימוק. ניבאו ולא ידעו מה ניבאו.

34. אחד הכללים הבסיסיים לפיהם קובעים מזונות האשה הוא הכלל שמקורו בהלכה: "עולה עמו ואינה יורדת עמו". משמעותו היא כי האשה יכולה לדרוש מהבעל שבנוגע למזונותיה תחיה מצד אחד בהתאם לרמה שמצבו החומרי והחברתי של הבעל מאפשר, ומצד שני לא תרד במעמדה לעומת המצב שהיתה רגילה לו לפני נישואיה, ואפילו אם מעמדו של הבעל עצמו אינו מגיע לכך. ראה כתובות מ"ח, א'; ס"א, א'; הרא"ש, שם כלל כ"ב; רמב"ם, אישות כ"א, י"ד טור אבע"ז ע', ב"י, שם; שו"ע, אבה"ז ע', ט"ז סי' ק א'.

הבעל תבע גט בטענה שיש במעשה שעשתה אשתו משום עילה לגירושין, שהרי הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר כמוה כזנות האוסרת אשה לבעלה. ממילא יש בזה עילה לפוטרו ממזונותיה, ועל כן פטור הוא לדעתו ממזונות הילד³⁵.

בית הדין נתבקש לפסוק בשאלה אם ניתן לחייב את הנתבע במזונות הילד בשעה שידוע בבירור שבן התובעת אינו בנו של הנתבע? האם יש נפקות משפטית להסכמת הנתבע לדרך טיפול רפואית זו, או שמא בכל מקרה יש בזה עילה לגירושין, שהרי גם באופן זה נאסרת האשה לבעלה?

בית הדין בערכאה ראשונה דחה את עתירת הבעל לגירושין וחייב אותו לשלם לאשה מזונותיה ומשונות הילד אשר הטיפול בו מצריך הוצאות בגין מצבו. בהנמקה לפסק הדין הביע בית הדין את דעתו:³⁶

“כדעה השוללת את הסברא שקיים אפילו סרך מעשה זנות בפעולת ההזרעה המלאכותית שבכוחה להוות עילה לגירושין או אפילו להפסד מזונות. וכפי שהכריעו כבר גדולי הפוסקים בדורנו, וכבר האריך למעניתו בזה הגאון רבי משה פיינשטיין שליט”א בספרו “אגרות משה” לאבהע”ז ח”א סי’ וחלק ב’ סי’ י’ ובעוד כמה מקומות. ויעוי”ש מה שכתב בח”א אבהע”ז שם סי’ י’ שפטור ממזונות — כאשר ההזרעה נעשתה שלא ברצון הבעל ושלא מדעתו, משמע א”כ בפשטות שאם נעשה ברצון הבעל ולדעתו — הינו חייב במזונות הילד שנולד עקב ההזרעה הזו”.

ובאשר לתביעת האשה למזונות מוסיף בית הדין הנמקה נוספת:³⁷

“היות והסכים לעשות זאת הרי כל ההתחייבות הנובעות מכך חלות עליו כדין ערב וללא כל ספק בנסיבות אלה קיימים כל הנתונים המחייבים את הערב³⁸. (אם כי היה לכאורה להעיר שהתחייבותו הינה

35. להשלמת פרטים נזכיר כי הבעל נימק עתירתו לגירושין גם בגין התנהגותה החורגת של האשה “מדפוסי מסגרת נורמלית”. ביה”ד לא מצא בזה עילת גירושין, אך קבע עם זאת “כי שומה על האשה לשנות אורחותיה באשר התנהגותה הבלגנית... לא תרמו במאומה (כאשר אנו נוקטים כאן לשון המעטה) להגברת האחזה ושלום הבית”.

36. ש.ס.

37. ש.ס.

38. ייתכן וכוונת בית הדין בחיוב הנתבע למזונות הילד מדין ערב, וזה לדין ערב המוזכר בתלמוד (קידושין ז', א'), ובמשמעותה המשפטית מהווה ערבות זו מעין גילוי דעת על הסכמה לנטילת התחייבות ממונית הכרוכה ונוגעת מהפעולה לה ניתנה. סביר להניח כי ביה”ד אימץ את ההלכה שהתקבלה לפיה יכול אדם להתחייב בדבר שאינו קצוב כשם שאפשר להתחייב בדבר הקצוב. (ראה שו”ע חו”מ מ', ב'; וראה בש”ך שם וזה בניגוד לדעת הרמב”ם בהלכות מכירה י”א, ט”ו; וראה עוד: אינדיג יצחק, “חיוב מזונות בנוולד מהזרעה מלאכותית”, דיני ישראל, ב' 83 ובמיוחד הערה 158). אלא שקשה לדחוק פירוש זה בהחלטת ביה”ד, שהרי אין כאן לא קנין ולא התחייבות מפורשת לשאת במזונות הילד. תנאים הנדרשים בכל התחייבות.

לוולד רגיל ובמידה זו בלבד חייב לשאת בהוצאות או סו"ס היות ולא הגביל התחייבותו יש לחייבו אף על הוצאות חריגות הנובעות בגין הולד"39.

על פסק דין זה ערער הבעל לבית הדין הרבני הגדול. מבירור שנעשה במזכירות ביה"ד עולה כי הערעור טרם נשמע עד כתיבת שורות אלה^{39א}. האם ניתן להסיק מפסק הדין זה כי לדעת בית הדין הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר בהסכמת הבעל אינה נחשבת כזנות אשר יש בה כדי לאסור אשה לבעלה ולחייבה בגט? נראה כי אכן כך הם הדברים, אם כי בהסתייגות מסויימת שמקורה בעובדה כי לא ברור מפסק הדין אם שולל בית הדין את עצם מעשה ההזרעה בכלל או שמא בנסיבות המקרה המיוחד נשוא הדיון, בו ניתנה הסכמת הבעל לטיפול, יוצא הדבר מגדר זנות או כלשון בית הדין "אין במעשה אפילו סרך מעשה זנות"⁴⁰. מכל מקום דעתנו היא כי אכן אין ביה"ד רואה בפעולה הנזכרת משום עילה לגירושין שהרי לא נאסרה האשה על בעלה כדין אשה אשר זינתה תחתיו⁴¹.

אולם, מכיון שביה"ד לא ראה אפשרות לחייב את הנתבע במזונות הילד שאינו שלו מדין מזונות, נזקק ביה"ד לחייבו מדין ערב⁴². נמצא, כי להסכמת הבעל נפקות

39. מעניינת הערת ביה"ד על מהות חיוב המזונות "אמנם ביסוד גדר מהות חיוב המזונות נמצא חדוש, דחלוק חיוב המזונות בנידו"ד מכל חיוב המזונות הרגיל של אב. בעוד אשר החיוב הרגיל הינו חיוב המוטל על האב כלפי ילדו או החיוב על האב הינו בגין ילדו, איך שנגדיר, הרי בנידו"ד זו התחייבותו כלפי האשה והאשה הינה תובעת מכח היותה היא עצמה בת עמידה בדין כתובעת ולא כאפוטרופסית של הילד. אך היות ואין להן רלבטיות ישירה לנשוא דיונו לא לאור כל האמור לעיל, ביה"ד פוסק ומחליט...". כלומר ביה"ד לא נזקק לחיוב מזונות מדיני מזונות, אלא מחייב את הבעל בתשלום מזונות הילד מדיני חיובים.

39א. ניסן תשמ"ה.

40. שם.

41. תימוכין נוספים לדעה זו נראה לעניות דעתי מעצם הסתמכות ביה"ד על תשובת ר' משה פיינשטיין. בתשובתו מביע הר"מ פיינשטיין דעתו במפורש כי אין האשה נאסרת על בעלה כל עוד לא היתה ביאת איסור. בהמשך הדברים כותב הר"מ פיינשטיין שאם אין הסכמה מראש של הבעל לשיטת טיפול זו — אין הוא חייב לשאת בתוצאות הממוניות. הדעת נותנת שאם ביה"ד מסתמך על הסיפא שבתשובה המהווה חלק בלתי נפרד מהתשובה בכללותה, משמע שהוא מקבל את פסק ההלכה הכולל, לאמור, אין האשה נאסרת על בעלה בהזקקה להזרעה מאלכותית מזרעו של תורם זר, ממילא אין במעשה שעשתה משום זנות.

42. תמוהה במקצת העובדה שאין ביה"ד מתייחס כלל להתנהגות הבעל כלפי הילד. ההלכה בדין "יכיר" היא שאם הנתבע מכיר בילד כבנו, ורק לאחר שהוגשה נגדו תביעה למזונות הוא מכחיש אבהותו — אין שומעין לו, אלא אם ינמק בנימוקים סבירים פשר התנהגותו. התביעה הוגשה במקרה שלפנינו כשהילד היה בן ארבע. הווה אומר, במשך אותה תקופה מיום הלידה ועד מועד הגשת התביעה קיבל הנתבע את הילד כבנו. זאת ועוד עד כמה שניתן להסיק מעיון בפרוטוקולים של בית הדין לא העלה הנתבע נימוקים סבירים המסבירים יחסו לילד. אשר על כן, פתוחה היתה דרך נוספת בפני ביה"ד לחייב את הנתבע במזונות הילד. ייתכן ובית הדין לא

משפטית לענין ממונות. הווה אומר, יש בהסכמה משום נטילת התחייבות מכללא לשאת בכל התוצאות הממוניות הכרוכות במעשה ההזרעה.

ג. פסקי דין אזרחיים.

הסכמת הבעל לטיפול בהזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר היוותה את אחד היסודות החשובים בפסק הדין היחיד שניתן עד כה בבית דין אזרחי. המתדיינים היו זוג נשוי אשר לאחר מספר שנות נישואין לא הצליחה האשה להרות כתוצאה מלקוי אצל הבעל ביצירה תקינה של תאי זרע וליקוי והפרעות בביוץ אצל האשה. בוצעה באשה – בהסכמת בעלה – הזרעה מלאכותית מתורם זרע בלתי ידוע. הטפול בהזרעה מלאכותית הוכתר בהצלחה והאשה הרתה וילדה בת. כשנה לאחר מכן החלו סכסוכים בין בני הזוג ומשלא הצליחו להשלים הוגשה ע"י האשה תביעה למזונות נגד בעלה ובה תבעה מזונות לעצמה ועבור בתה. במהלך המשפט התגרשו בני הזוג ועל כן נותרה לדיון בבית המשפט תביעת הבת למזונות מאביה. בית המשפט המחוזי חייב את האב במזונות⁴³, ועל כן ערער הבעל לבית המשפט העליון.

כב' השופט (כתוארו אז) י. כהן שכתב את פסק הדין, קבל את "הנמוק הנוסף" שהעלה שופט בית המשפט המחוזי. נמוק זה עליו ביסס השופט את הכרעתו לחייב את הבעל במזונות הילד נוסח בזו הלשון:⁴⁴

"משהסכים הנתבע להפריה מלאכותית של אשתו, הוא הסכים שיצטרף אדם נוסף למשפחתו...הסכמה זו של הנתבע יש לדאוגה ככוללת התחייבות מכללא לפרנס את אותו קטין או קטינה שיוולד כתוצאה מאותה הפריה...כאשר אדם מסכים שאשתו תופרה בהפריה מלאכותית הוא מסכים ומתחייב מכללא הן כלפי אשתו והן לטובת הילד שיוולד לפרנס ולזון את הקטין שיוולד מאותה הפריה..."⁴⁵

רצה לחלק בחיוב מזונות האשה והילד, ולכן נזקק לדין ערב שהוא חיוב רחב יותר. [אמנם יש לדון שמא דין יכיר נוגע לידיעת האב שהוא בנו ולא להתייחסות כאל בנו אם ידוע לו שאינו בנו ויש לעין בזה. – העורך]

43. תמ"א (ב"ש) 139/78 פלוני נ. פלוני, פס"מ.

44. ע.א. 449/79 סלמה נ. סלמה ואח' פרי' ל"ד, 782.

45. לבסוט נמוקו הסתמך השופט על שני פסקי דין שנתנו בארה"ב: (1) People V. Sorenson, 66 CA. RPTR 7, 437 2d 495 (1968) (2) Gursky V. Gursky, 39 Misc 2d 1083, 242 N.Y.S. 406 (1963) בזה האחרון אשר ניתן בשנת 1963 החליט בית המשפט העליון במדינת ניו-יורק כי אמנם ילד הנולד מהזרעה מלאכותית בהסכמת הבעל אינו נחשב לילדו החוקי של הבעל, אך אין בכך כדי לשחרר אותו מחובתו לזון את הילד גם אחרי שהתגרש מהאשה (אם הילד).

נמצינו למדים מפסק הדין שני דברים:

- (א) מכח הסכמת הבעל להפרות את אשתו בדרך של הזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר הוא נוטל על עצמו התחייבות לשאת בכל התוצאות הממוניות והאחרות כלפי הילד העתיד להיוולד ממעשה זה.
- (ב) התחייבות בעל האשה למזונות הילד, הנובעת מהסכמתו לדרך טפול זו, אינה תלויה כלל בקשר המשפטי הקיים — במועד הגשת התביעה ולאחריה — בין אם הילד והנתבע.

ד. ניתוח ודיון

אמנם ציינו, כי בשל המספר המועט של פסקי הדין קשה מאד להסיק על כוון או מגמה בפסיקה. אף על פי כן, במלוא הזהירות המתחייבת מכך, ניתן להצביע על מדיניות משפטית זהה של בתי הדין הרבניים והחילוניים גם יחד. בעת דיון בנסיבות מוגדרות מאד לאמור, בתביעת מזונות ילד (הנולד לאשה נשואה בדרך של הזרעה מלאכותית מתורם זר) מבעל אמו תהיינה תוצאות הדיון זהות. הנסיבות המיוחדות הן הסכמת הבעל לטיפול המוצע. הן בית המשפט העליון והן בית הדין הרבני פסקו כי אם הוכח שבעל האשה הסכים לדרך טיפול זו קודם שהוחל בו, טומנת הסכמה זו בחובה הסכמה מכללא לשאת בכל ההתחייבויות הממוניות הכרוכות במעשה ובתוצאות. הווה אומר, בהסכמתו לדרך טיפול זו נוטל על עצמו בעל האשה התחייבות לדאוג לכל צרכי הילד אשר הבאתו לעולם — בדרך של הזרעה מלאכותית — היתה פרי החלטה משותפת של שני בני הזוג. יחד עם זאת, אין בהסכמה הזו כדי להקנות לבעל היולדת מעמד משפטי של אבי הילד. עוד נראה כי החובה לשאת במזונות הילד ולדאוג לכל צרכיו הינה חובה אישית⁴⁶, המוטלת על הנתבע בלא שיושפע הדבר מהיחס המשפטי המתקיים בין הנתבע לאם הילד במועד הגשת התביעה ולאחריה.

ואולם גם אם ניתנה ההסכמה כדין⁴⁷ כבר העלינו את השאלה אם יכולה להיות להסכמה זו נפקות משפטית?⁴⁸ שהרי אם יש בהזרעה המלאכותית מתורם זר משום

46. אם כי יש לציין שמהות החיוב שונה בעיקרה בשתי מערכות המשפט. בעוד אשר ביה"ד הרבני חייב את הנתבע במזונות הילד מדין ערב (לעיל הערה 39) חייב ביהמש"פ העליון את הנתבע במזונות הילד בשל ההסכמה מכללא המשתמעת מההסכמה לטיפול.

47. יצויין כי בתקופה בה נידונה בבית המשפט העליון תביעת המזונות של הבת ואמה לא היתה כל דרישה בחוק או עפ"י הסכם בין הצדדים בדבר צורה מיוחדת של הסכם על הזרעה מלאכותית. על כן החיל ביהמש"פ את דיני החוזים על המקרה הנדון ובהסתמכו על סעיפים 23 ו-25 (א) בחוק החוזים תשל"ג — 1973 פסק כפי שפסק. כיום נדרשת הסכמה של האשה ובעלה בכתב על גבי טופס מיוחד — לביצוע ההזרעה המלאכותית וכן הצהרת הבעל כי הילד שיוולד ייחשב לכל דבר כאילו היה ילדו הטבעי (מתוך חוזר מנכ"ל משרד הבריאות למנהלי בתי"ח בארץ בענין: "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לבצוע הזרעה מלאכותית"). על תוקפה המשפטי של דרישה זו ראה להלן עמ' 59, וכן הערה 61.

48. ראה לעיל הערה 9.

ניאוף⁴⁹ כי אז מה מועלת ההסכמה? היש מי שסובר שיכולה אשה לזנות תחת בעלה אם יסכים לכך? ולא זו אף זו: אם תידון דרך משל תביעת מזונות בבית משפט אזרחי — אפשר שיעלה הנתבע כטענת הגנה את הטענה הבאה: ההסכמה לבצוע הזרעה מלאכותית מתורם זר הינה פעולה משפטית⁵⁰ אשר הוראות חוק החוזים יחולו עליה ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים⁵¹. אם כך ואם ההזרעה המלאכותית מתורם זר היא מעשה ניאוף הרי ההסכמה ניתנת לבצוע מעשה פסול ובלתי מוסרי הסותר את תקנת הצבור⁵². לכן בטלה היא מעיקרה. לא נכרת איפא חוזה בין הנתבע לאשתו וממילא אין הוא חייב לשאת בתוצאות כלשהן של המעשה הנזכר בכלל ובנידון דידן בפרט, היינו חיוב במזונות הילד ואמו⁵³.

לשאלה אם יש במעשה ההזרעה מתורם זר משום עילה לגירושין אין כנראה תשובה חד משמעית שכן שנים מפסקי הדין נראים לפחות על פניהם כסותרים זה את זה. בפסק הדין הראשון נקבע במפורש שאשה המסכימה לבצע הזרעה מלאכותית בזרעו של תורם זר, מועלת בה' ובבעלה גם יחד. היא נאסרת על בעלה ויש במעשה זה משום עילה לגירושין⁵⁴. בפסק הדין השלישי מחזיק בית הדין בדעה כי אין בהזרעה מלאכותית מזרעו של תורם זר אפילו סרך מעשה זנות. על כן אין האשה נאסרת על בעלה בגין מעשה זה אשר אין בו עילה לגירושין⁵⁵.

אמנם, ניתן בדוחק ליישב סתירה זו בין פסקי הדין, אך אז קיימת סתירה פנימית בפסק הדין עצמו. אכן, בפסק הדין הראשון נפסק כי האשה מעלה מעל בה' ובבעלה ולכן חייבת לקבל גט פיטורין. בהנמקה לפסק הדין כותב אב"ד הרא"י וולדינברג: ⁵⁶ "דעצם פעולת תועבה כזאת כגופה שלא בידיעת בעלה, מעמיד אותה בצל של אשה העוברת על דת..."⁵⁸

49. ראה לעיל הערה 2 ו-5.

50. פעולה משפטית מוגדרת כפעולה שיש לה נפקות בדין או תוצאה שהדין קובע אותה.

51. סעיף 61 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג — 1973.

52. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג — 1973.

53. ספק אם ביהמ"ש פ יקבל טיעון זה, שכן ביסוד הדברים ההנחה שהזרעה מלאכותית מתורם זר לאשת איש מהווה מעשה בלתי מוסרי הנוגד את תקנת הצבור. הנחה זו טעונה הוכחה ואם כבי"ד רבני כך (ראה לעיל גישת ביה"ד בפסק הדין השלישי) בבימ"ש פ אזרחי לא כל שכן. ראה בהקשר זה מאמרו של עו"ד מ. דרורי, לעיל הערה 5.

54. לעיל עמ' 47.

55. לעיל עמ' 53.

56. לעיל עמ' 48.

58. מן הראוי להעיר כי בנוסף לנ"ל נראה שיש סתירה פנימית בין החלטת ביה"ד לבין ההנמקה לפסק הדין. בעוד אשר בפסק הדין פסק ביה"ד שיש במעשה זה של האשה משום מעילת מעל בה' ובבעלה, הרי בהנמקה לפסק הדין כותב אב בית הדין שיש בהתנהגותה של האשה להעמידה בצל עוברת על דת. והרי אשה העוברת על דת אשר בעלה ממשיך לחיות אתה לאחר

משמע, אם תעשה כן בהסכמת בעלה, כי אז לא תחשב כעוברת על דת כפי שעולה מפסק הדין השלישי. אולם אם כך נדייק בדברינו יסתרו הם את פסק הדין עצמו לפיו האשה אסורה לבעלה בלא שייתלה הדבר בהסכמה אם ניתנה אם לאו. אשר על כן, בנתונים הקיימים קשה מאד להסיק על מדיניות פסיקה בהיבטים הקשורים בהזרעה מלאכותית בכולם ביחד ובכל אחד לחוד. הקושי נעוץ כאמור במיעוט פסקי הדין אשר אפשר שסותרים זה את זה. יחד עם זאת במצב עובדתי בו יוכח למעלה מכל ספק שבעל האשה עקר ולכן הסכים שאשתו תופרה מזרעו של תורם זר, יראה ביה"ד בהסכמה זו הסכמה מכללית לשאת בכל התוצאות הממוניות הנובעות ממנה. זו לעניות דעתנו מגמה המסתמנת בפסיקה האזרחית והדתית גם יחד כאשר החידוש היותר גדול בה הוא אי התלות בין החיובים הנובעים מההסכמה לקשר המשפטי הקיים, אם בכלל, בין אם הילד לנתבע.

ה. חקיקה מקומית

החקיקה המקומית המצויה בידינו בנושא ההזרעה המלאכותית מועטה ביותר ובלתי מושלמת שהרי אין היא מציעה פתרונות משפטיים למכלול הרחב של הבעיות שמציאות זו מכתיבה למחוקק. עובדה מצערת היא כי על אף חשיבותו הגוברת של הנושא והצורך המתבקש למצוא הסדרים חוקיים⁵⁹ לא נתן המחוקק הישראלי דעתו לחקיקה מתאימה אלא בשנת 1979⁶⁰. ואולם היסוד המשפטי עליו מושתת ההסדר

ועל אף המעשה המהווה את העילה לכך, לא יוכל להענות אם יתבע מאוחר יותר גט. ואילו אם האשה מעלה מעל בה' ובבעלה משמע שהיא חייבת בגט גם אם ירצו (או בדיעבד המשיכו לחיות חיי אישות רגילים) להמשיך לחיות חיי משפחה תקינים. אשר על כן, מוכרחים אנו להניח כי אשה הנוהגת בדרך זו עומדת "בצל" עוברת על דת אבל אינה כזו. אפשר שהעילה הנזכרת הנה רק עילה מצטברת.

59. על המצב הפרוע בתחום ההזרעה המלאכותית בארץ ראה דיווחים בין השאר ב"מעריב" מיום 19.12.78 ו- 21.12.78; "ידיעות אחרונות" מיום 12.8.81 וכן 31.10.83. וראה להלן הערה 67.

60. ביום 18.6.79 חוקק המחוקק המקומי את "אכרזת הפקוח על המצרכים ושרותים" (בנק זרע והזרעה מלאכותית), תשל"ט — 1979. שבו הוא קובע כי בתוקף סמכותו לפי סעיף 4 לחוק הפקוח על מצרכים ושרותים תשי"ח — 1957 הוא מכריז על השרותים הבאים כברי פקוח:
(א) ניהול בנק זרע.
(ב) שרות של בנק זרע.
(ג) הזרעה מלאכותית באשה.

כן התקין את תקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל"ט — 1979 לפיהן "לא ינהל אדם בנק זרע ולא יעסוק בו אלא אם הכיר המנהל באותו בנק זרע ובהתאם לתנאי ההכרה. המנהל לא יכיר בבנק הזרע אלא אם הוא מנוהל בבית חולים וכחלק ממנו: "מנהל" לצורך תקנות אלו הוא כמוגדר בסעיף 1 לתקנות בריאות העם, הווה אומר, "המנהל הכללי של משרד הבריאות או מי שהסמיך המנהל לענין תקנות אלו".

ביום 29.6.79 פירסם המנהל הכללי של משרד הבריאות חוזר פנימי אל כל מנהלי בתי החולים בארץ ובו פרוט "כללים בדבר נהולו של בנק זרע, והנחיות לבצוע הזרעה מלאכותית" ראה החוזר בנספח למאמרו של דר' שיפמן, לעיל הערה (1).

הנ"ל לוקה בחסר⁶¹. ולא זו בלבד אלא שהוראות מסוימות חסרות כל תוקף משפטי. וכדוגמא נזכיר הוראה האמורה להסדיר את מערכת היחסים המשפטיים בין בעל האשה לבין הילד שיוולד ממעשה הזרעה, בטופס "הסכמה להזרעה מלאכותית עם זרע של תורם"⁶²

מצינו הוראה בזו הלשון: "הבעל מסכים ומצהיר כי הילד שיוולד כתוצאה מההזרעה המלאכותית ישא את שמו ויחשב כבנו לכל דבר וענין לרבות ענין מזונות וירושה"⁶³. הצהרה זו חסרה כל משמעות שהרי אם הילד לא נחשב בעיני המחוקק כבנו הטבעי של הבעל מה תועיל ההצהרה, האם יש בה כדי להקנות לו מעמד המוקנה לו על פי דיין? אך אם המחוקק רוצה לראות בילוד בן טבעי של בעל האשה מה רבותא יש בהצהרה?⁶⁴ ואולם לעניות דעתנו שתי בעיות חמורות מאלה עומדות בפני המחוקק. לבעיה אחת פתרון טכני בעיקרו ולאחרת נדרש פתרון מהותי. הבעיה אשר צריך למצוא לה פתרון ארגוני בנוסף לפתרון המשפטי הינה בעית הפקוח הכולל. גם אם נניח כי ימצא בסיס משפטי איתן ויתוקנו מרבית הפגמים בהוראות ובתקנות⁶⁵, עדיין חייב המחוקק לתת דעתו למציאות בה הפריות מלאכותיות במספר כלתי ידוע נעשות במרפאות פרטיות. העובדה שרופאי נשים המנהלים מרפאות מחוץ לבתי החולים מציעים הפריות מלאכותיות מזרע של תורמים בלא כל פקוח של משרד הבריאות⁶⁶ שמה לאל את כל ההוראות והתקנות המחייבות את מבצעי

61. ראה בהרחבה: ד"ר שיפמן, (לעיל הערה 1) 85.

62. שם.

63. שם. ואולם עדיין יש לשאול: האם ניתן להקנות זכויות לילד שטרם הורה? האם יכול אדם להקנות זכויות עתידיות לילד שיוולד בעתיד? יש המשיכים בחיוב בנמוק שאין המדובר בהקנית זכות לעובר אלא בהקנית זכות עתידית וממשית לילד. בבחינת חוזה לטובת צד שלישי שיש בו תנאי מתלה (כהוראה סעיף 27 לחוק החוזים תשל"ג – 1973). התנאי הוא הלידה. לאמור בהולדו הופך הילד למוטב ובתור שכזה זכאי הוא לתבוע באמצעות אפוטרופסו את מימוש זכויותיו בחוזה שלטובתו. ראה: ד"ר ג. שלו, "חוזה לטובת אדם שלישי" (המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי טאקר, גד טדסקי, עורך) תשל"ז, 33.

64. ייתכן והמחוקק מתכוון בסעיף זה לנטילת התחייבות ממונית בלבד בכפוף להוראות חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג – 1973 (סעיפים 23 ו-25 (א)) בלא שהתחייבות זו תהיה תלויה ביחס המשפטי שיתקיים בין המתחייב לבין אם הילד. כך עולה מפסקי הדין שהזכרנו לעיל: פרשת סלמה נ. סלמה פדי (לעיל הערה 3) ופסק הדין השלישי, (לעיל עמ' 7).

65. ראה לעיל הערה 61.

66. אחת הסיבות העקריות עליהן מבססת היהדות את השלילה המוחלטת של מעשה ההזרעה המלאכותית מזרע של תורם הוא החשש לנישואי אח ואחות. ידוע כי מזירמה אחת של גבר ניתן להפרות יותר מאשה אחת. בהעדר כל פקוח ורישום של תורמי הזרע והנשים המופרות מאותה זירמה יש חשש כי ברבות הימים עלולים אח ואחות להנשא בלא ידיעתם. מענין שחשש זה הועלה עוד במאה השלוש עשרה ע"י ר' יצחק ב"ר יוסף מקורביל בספרו "ספר מצוות קטן" (סמ"ק) עסק בשאלה אם אשה יכולה בתקופת נידותה לשכב על סדינים ששכבו עליה גברים אחרים ופלטו שכבת זרע, השיב בתוך דבריו: "שמשכבת זרע של איש אחר קפדינן אהבתנה, גזירה שמא ישא אחותו מאביו". ראה הדברים בב"ח, יו"ד קצ"ה. ועוד רבים מהפוסקים.

ההפריה בבתי החולים⁶⁷. ברור איפוא כי יש להרחיב בדחיפות את מעגל הפקוח על בצוע ההפריה המלאכותית ולהחיל אותה גם על מבצעי הפריה מלאכותית במרפאות הפרטיות. אך דא עקא, ספק רב אם הפתרון המוצע הינו בר בצוע ולו בשל הצורך להקים מנגנון פקוח עצמאי. אין צורך בדמיון רב כדי להבין — במיוחד לאור נסיון העבר בתחומים קרובים⁶⁸ — כי הן הפקוח והן האכיפה אינם מעשיים. אף על פי כן, אין להרתע מהגברת הפקוח שצריך להיות תנאי להמשך בצוע ההפריה המלאכותית. עוד דרושה התערבות המחוקק בתיקון מספר חוקים והתאמתם למציאות המתחדשת. במערכת החוקים הישראלית מסדירים כמה חוקים את מערכת היחסים

67. אין זאת אומרת כי יש בניהול בנק זרע ובצוע הזרעות מלאכותיות בתוך כתלי בית החולים ערובה למניעת סטיות וחריגות מכללי אתיקה רפואיים או מלעבור על החוק. ראה תפ"ח (ת"א) 854/80 מדינת ישראל נ. ד"ר דולברג (טרם פורסם). אמנם אין במקרה חריג זה (כך יש לקוות) לשקף את המתרחש יום — יום בבתי החולים, אך אין כל ספק שהעדר מנגנון פיקוח ובקרה יעילים הם שאיפשרו, והם שעלולים להביא לכך שמעשים כגון אלה המנויים להלן לא יישאר חריגים.

ד"ר דולברג סגן מנהל מחלקת יולדות בבית חולים בכפר סבא שימש גם כאחראי לתחנה לליקוי בפוריות שפעלה במסגרת המחלקה. בין היתר עסקה המחלקה בהפריה מלאכותית אצל זוגות תשוכי ילדים (הן הפריה מבעל לאשתו והן מתורם זר). בין סעיפי האישים שיוחסו לד"ר דולברג בכתב האישום נציין את אלה הנוגעים לענייננו והם מירמה והפרת אמונים בתאגיד, שבאו לידי ביטוי בשלושה אופנים: (א) במירמה כלפי הגברים שמסרו זרע לבדיקה ובאותו זרע השתמש הנאשם לא רק לבדיקה אלא גם להפריית אשה. במעשה זה הפך את הגברים לתורמי זרע בלא הסכמתם. (לכך התווסף אישום נוסף של גניבה ע"י מורשה: נטילת זרע שהובא לתחנה שלא כדין, ועשית שמוש בו שלא לצרכים האמורים). (ב) במירמה כלפי הנשים שהביאו זרע בעליהן להפריית עצמן בעוד שהנאשם הורה שלא להזריק את מנת הזרע כולה ובכמות העודפת השתמש להפריית נשים אחרות. (גם על מעשה זה יוחס לו אישום נוסף של גניבה ע"י מורשה). (ג) הצגת התחנה כמוסד רפואי המתנהל כהלכה, בעוד שלמעשה נוהל בצורה רשלנית.

ד"ר דולברג הורשע בעבירה של הפרת אמונים בתאגיד, לפי סעיף 425 לחוק העונשין תשל"ז-1977. בשל כך שלא ביקש את הסכמתם של מביאי הזרע לעשית שמוש ב"עודפים" לצרכי הפריית נשים זרות. (עמ' 83 בפסק הדין. יצויין כי בשל הרשעתו בעבירה של רישום כוזב במסמכי תאגיד — זוכה מהאישום בדברי הצגת התחנה כמתקן ראוי. ביה"ד מתכוון בכך להרשעת הנאשם על הזרקה הידרוקורטיזון לנשים שבאו להפריה במועדים שלא היה זרע להזרקה בתחנה, בעוד שבכרטיס הרפואי הורה הנאשם לרשום שהוזרק זרע). כן הורשע ד"ר דולברג בעבירה של גניבה ע"י מורשה לפי סעיף 293(2) לחוק העונשין בכל הקשור לנטילת "יתרת הזרע" ועשית שמוש בו ל"הפריית תורם" ללא הסכמה מפורשת של בעלה. (עמ' 80 לפסק הדין).

הנאשם ערער הן על הרשעתו והן על חומרת העונש. המדינה מצדה ערערה גם היא על זיכוי מאותם סעיפי האישום שזוכה בהם ועל קולת העונש. הערעור הכפול טרם נשמע עד כתיבת שורות אלה. אף על פי כן אם הממצאים העובדתיים יישארו בעינם גם לאחר שמיעת הערעור כי אז המציאות החמורה שתוארה בבית חולים ידוע מוכר בארץ אך ממחישה (וחס ושלום שתאמת) את חששו של הסמ"ק (ראה הערה קודמת): "גזירה שמא ישא אחותו מאביו".

68. כמו למשל בצוע הפלות מלאכותיות במרפאות פרטיות בלא כל פקוח.

המשפטיים בין יילוד לקרובים הסובבים אותו. בין השאר מקנה המחוקק לקרובים סמכויות ביחס לילדיהם הן בסמוך ללידתם והן בהמשך דרכם בחיים. (קביעת שם⁶⁹, רישומו במרשם האוכלוסין⁷⁰ רישום אזרחים⁷¹ ועוד⁷². באותם חוקים נוקט המחוקק לשון: "הורים", "אב", "אם"⁷³ אשר נתפרשו בפסיקה כמכוונים להורים הטבעיים⁷⁴. המציאות החדשה המתפתחת המאפשרת הולדת ילדים בדרך של הזרעה מלאכותית (לצורותיה השונות) כאשר ידוע בודאות כי אחד מבני הזוג איננו ההורה הטבעי של הילוד⁷⁵ מביא לכך שאותו בן זוג ימסור הודעות אשר בלשון המעטה אינן מדויקות. זאת ועוד, אותו "הורה" נוטל לעצמו סמכויות המוקנות על פי החוק להורה הטבעי בלבד. אשר על כן, ברור לנו כי על המחוקק להציע פתרון משפטי נכון יותר התואם את המציאות המתפתחת בחקר ההנדסה הגנטית.

ו. סכום

נדרשנו במאמר זה לסקור את הפסיקה בארץ. להאיר את ולהעיר על המצב החוקי בתחום ההזרעה המלאכותית. היה בדעתנו לנסות ולהצביע על מדיניות פסיקה אך לא ניתן הדבר להעשות בשל מספרם המועט של פסקי הדין. אף על פי כן בכפוף לנתון זה ובמלוא הזהירות המתחייבת מכך הצבענו על מגמה ברורה למדי המסתמנת הן בפסיקה והן בהליכי החקיקה: בנסיבות בהם הסכים בעל האשה לבצוע הזרעה מלאכותית באשתו מתורם זר (שהוא כאמור תנאי מוקדם לבצוע ההזרעה) תחשב הסכמה זו בעיני החוק כהסכמה מכללא לשאת בכל ההתחייבויות הממוניות כלפי הילד שיוולד ממעשה ההזרעה. החידוש היותר גדול במגמה זו הוא שהתחייבות זו בגין ההסכמה עומדת בפני עצמה ואינה תלויה כלל בקשר המשפטי שיתקיים – אם בכלל – בין המתחייב לאם הילד, אם וכאשר ירצה הילוד לממש זכותו בגין אותה ההתחייבות.

עוד הצבענו על הצורך להתאים למציאות החדשה מספר חוקים אזרחיים המסדירים את מערכת היחסים המשפטיים בין ילד לקרובים הסובבים אותו מרגע היוולדו ועד היותו בוגר כמשמעותו בחוק. אין כל ספק, שהמחוקק התכוון בחוקים

69. חוק השמות תשט"ז – 1956, סעיף 3.

70. חוק מרשם האוכלוסין תשכ"ה – 1965, סעיף 25.

71. חוק האזרחות תשי"ב – 1952, סעיף 4(א).

72. ראה למשל: חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות עפ"י תיקון משנת תשכ"ה – 1965, סעיף

13(א) לענין המרת דתו של קטין.

73. ראה למשל: סעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה תשי"א – 1951; סעיף 14 לחוק הכשרות

המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב – 1962.

74. ראה ע.א. 86/63 אל צפדי נ. בנימין פדיי י"ז 419, 425.

75. כוונתנו לשלב אליו הגיעה כבר הטכנולוגיה הרפואית, בו קיימת אפשרות שבה ביצית שנלקחה

מאשה פוריה, תופרה במבחנה ותושלת ברחמה של אשה עקרה. [ראה: הרב זלמן נחמיה

גולדברג, הרב יצחק הלוי כלאב, תחומין ה' תשמ"ד, עמ' 248 – 274. – העורך]

הנוהגים כיום להורים טבעיים. עם התקדמות המדע בחקר ההנדסה הגנטית יתכן ויש לשקול פירוש מרחיב של המונחים "הורים", "אב", "אם" ולהחילם גם על "הורים משפטיים" אשר אינם בהכרח "ההורים הביולוגיים"⁷⁶ ולהקנות להם בכך את הסמכויות המוקנות להורים טבעיים⁷⁷.

76. "הורים משפטיים" להבדיל מהורים ביולוגיים הם הורים שנקבעו עפ"י צו של בית משפט אשר מנתק את הקשר בין הילד להורים הטבעיים. דוגמא בולטת לכך הוא אימוץ ילדים תש"ך — 1960).

77. יתכן וקיימת אפשרות טבעית של לידת בת לאשה נשואה ללא תרומה גנטית אבהית. על ההסבר המדעי לאפשרות כזו ועל ההשלכות ההלכתיות ראה מ. הלפרין, האפשרויות השונות להסבר הממצא החריג אסיא ל"ה (ג,ט) שכט תשמ"ג עמ' 32 — 37. — העורך.